

Sygn. akt: KIO 1354/18

Sygn. akt: KIO 1355/18

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Renata Tubisz

Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2018 r., odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2018 r. przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- wykonawcy Torpol S. A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- wykonawcy ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Coalvi S.A., Rover Alcisa S.A., Rover Rail Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18);

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołania i nakazuje Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu orzeczenia. Ponadto nakazuje Zamawiającemu uwzględnienie konsekwencji ww. zmian w dokumentacji postępowania wraz z jej załącznikami. (odwołania o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołujących się tytułem wpisów od odwołań, w tym:
 - A) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18);
 - B) kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania (odwołanie o sygn. akt KIO 1355/18);
 - 2) zasądza od Zamawiającego: PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie kwotę 44 428 zł 00 gr (słownie: czterdzieści cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego: Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A) kwotę 22 214 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) od Zamawiającego: PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego: Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony związane z wynagrodzeniem pełnomocnika;
 - B) kwotę 22 214 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) od Zamawiającego: PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego: Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa - Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1354/18, KIO 1355/18

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego zastosowaniem umowy ramowej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Wykonawstwo zastępcze na wykonanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.*”. Zamawiający podzielił zamówienie na części, w tym część A i B.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołania o sygn. akt: KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18

Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „*Odwołującym*”) w dniu 9 lipca 2018 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołania m. in. na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 60e ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 36 ust.1 pkt 3) ustawy pzp w zw. 29 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ważnej oferty, spełniającej w całości wymagania Zamawiającego, a w konsekwencji w sposób uniemożliwiający złożenie porównywalnych ofert i utrudniający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 100 ust. 4 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej powodującej ograniczenie konkurencji,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
- 4) art. 31 ust.1 ustawy pzp w zw. z §4 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno- użytkowego (t.j. Dz.U. 2013 , poz. 1129) (*dalej jako: „Rozporządzenie”*)

poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych wymaganych Rozporządzeniem. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań i nakazanie Zamawiającemu w poszczególnych częściach A i B dokonanie zmiany treści SIWZ poprzez uzupełnienie opisu przedmiotu zamówienia co najmniej o Specyfikacje Techniczne dla wszystkich pozycji KPR, oraz dokonanie odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, w przypadku, gdy będzie to niezbędne, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, jak również dokumentów, które zostaną przedłożone na rozprawie przed składem orzekającym, zasądzenie kosztów postępowania wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne ich rozpoznanie wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła także, iż Odwołujący spełniają przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień do postępowań odwoławczych wykonawców:

- Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- Torpol S. A. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);
- ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18);

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Coalvi S.A., Rover Alcisa S.A., Rover Rail Sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego (odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający – PKP PLK S. A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem umowy ramowej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Wykonawstwo zastępcze na wykonanie robót budowlanych na liniach zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.*”. Zamawiający podzielił niniejsze zamówienie na części. Zamawiający w dniu 29 czerwca 2018 r. przekazał Odwołującemu zaproszenie do złożenia oferty w zakresie części A i B, wraz z specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych dla poszczególnych robót wskazanych w Katalogu Pozycji Rozliczeniowych.

Od niniejszej czynności Polski Związek Pracodawców Budownictwa z siedzibą w Warszawie wniósł odwołania w zakresie części A i B.

Zamawiający odpowiedział na odwołania, wnosząc o ich oddalenie, jednocześnie informując o dokonanych zmianach postanowień ww. specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie o sygn. akt KIO 1354/18 oraz KIO 1355/18

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Jak ustalono Zamawiający prowadzi postępowanie na „*Wykonawstwo zastępcze na wykonanie robót budowlanych na liniach kolejowych zarządzanych przez PKP PLK S. A.*”.

Bezspornym jest to, że Zamawiający prowadzi niniejsze postępowania w trybie dialogu konkurencyjnego z zastosowaniem instrumentu umowy ramowej. Zamawiający

zapraszając wykonawców do składania ofert przekazał specyfikację wraz z załącznikami, w postaci Katalogu Pozycji Rozliczeniowych. W ocenie Odwołującego i wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego przekazana dokumentacja jest niekompletna, niedająca możliwości wyceny oferty w sposób prawidłowy i rzetelny, a w konsekwencji powodować może nieporównywalność złożonych ofert. Wątpliwości jakie zaistniały wobec sporu, który zawisł przed Krajową Izbą Odwoławczą dotyczyły tego, czy opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wobec zastosowania instytucji umowy ramowej dla robót budowlanych musi być opisem kompletnym, zgodnym z przepisami ustawy Pzp oraz przepisami Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Czy wobec zastosowania instytucji umowy ramowej opis przedmiotu zamówienia może być opisem, który nie będzie wprost odpowiadał przepisom ustawy i ww. rozporządzenia.

W ocenie Izby, aby rozwiązać powyższe wątpliwości należało odnieść się do następujących przepisów ustawy.

Zgodnie z art. 99 ustawy Pzp Zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub partnerstwa innowacyjnego.

Zgodnie z art. 100 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający nie może wykorzystywać umowy ramowej do ograniczenia konkurencji, zaś zgodnie z art. 101a ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp Zamawiający udziela zamówień, których przedmiot jest objęty umową ramową wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zwracając się o złożenie ofert, w przypadku, gdy nie wszystkie warunki realizacji robót budowlanych, usług lub dostaw lub nie wszystkie warunki wyłonienia wykonawców będących stroną umowy ramowej określono w umowie ramowej. Ponadto zgodnie z ust. 3 ww. przepisu Zamawiający udzielając zamówienia na podstawie umowy ramowej nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia określonych w umowie ramowej, w szczególności w przypadku udzielania zamówienia na zasadach określonych w ust. 1 pkt 1.

Ponadto istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu ma w tym przypadku treść art. 31 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty

budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Istotne znaczenie ma w tym przypadku relacja przepisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i przepisów odnoszących się do instytucji umowy ramowej.

Nie ulega wątpliwości, że umowa ramowa jest umową zawieraną pomiędzy Zamawiającym a jednym wykonawcą lub większą liczbą wykonawców, której celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych jakie mogą zostać udzielone w danym okresie. Zatem umowa ramowa nie ma charakteru zobowiązującego, a jej istotą i celem jest ustalenie przyszłych warunków zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących ceny oraz przewidywanych ilości. Jak wynika z ww. przepisów - instytucję umowy ramowej Zamawiający może również zastosować do robót budowlanych.

Niemniej jednak biorąc pod uwagę istotę umowy ramowej – nieposiadającej charakteru zobowiązującego i dającej możliwość ustalenia w przyszłości warunków zamówienia - należy pamiętać, że Zamawiający zobowiązany jest do stosowania przepisów nakładających obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby Zamawiający - nawet w sytuacji podjęcia decyzji o zastosowaniu umowy ramowej - musi wiedzieć co jest przedmiotem zamówienia – i to opisać – co w praktyce oznacza, że na Zamawiającym właśnie spoczywa obowiązek opisanie tego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zgodzić należało się z Odwołującym, że również świadczenie będące przedmiotem umowy ramowej powinno być skonkretyzowane, a w tym stanie faktycznym brak jest szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, precyzyjnego określenia prac, co w konsekwencji doprowadzić może do rozbieżności oraz dowolnej interpretacji wycenionego przez wykonawców zakresu prac. Wycena ma natomiast decydujące znaczenie, gdyż wyłącznie na podstawie kryterium ceny Zamawiający wybierze wykonawców, z którymi zawrze umowę ramową.

Nie ulega wątpliwości, że do umowy ramowej mają zastosowanie przepisy odnoszące się do badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny – na co zwrócili uwagę przystępujący, ale również mają zastosowanie przepisy odnoszące się do obowiązku badania oferty w świetle art. 89 ust. 1 ustawy – czyli m. in. zgodności oferty z SIWZ. Zatem w tym stanie faktycznym na etapie oceny powstałaby wątpliwość jak Zamawiający miałby dokonać takiej oceny - skoro zakres prac nie został określony precyzyjnie, jak w takim stanie faktycznym Zamawiający miałby badać ewentualne wystąpienie rażąco niskiej ceny, w szczególności w stosunku do szacunku i niedookreślonego przedmiotu zamówienia – t.j. charakteru wymaganych prac – ujętych w dziesięciu tysięcy nieprecyzyjnych pozycji. Zamawiający zatem wobec nałożonych na niego ustawą Pzp obowiązku wynikającego z art. 31 ustawy –

zobowiązany jest opisać, skonkretyzować przedmiot zamówienia, w szczególności że przedmiotem tego postępowania mają być roboty budowlane.

W ocenie Izby Ustawodawca nie bez przyczyny doprecyzował sposób jak Zamawiający ma opisać przedmiot zamówienia na roboty budowlane, chociażby niejednokrotnie ze względu na skomplikowany charakter tych prac. Niniejsze stanowisko potwierdzają również inne przywołane przepisy ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art. 101a ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający nie może dokonywać istotnych zmian warunków zamówienia – co oznacza w ocenie Izby, że te istotne warunki zamówienia - w tym jego opis muszą być wykonawcom znane. Nie może Zamawiający tego obowiązku przerzucać na wykonawców, w postaci ryzyka wyceny pozycji. W niniejszym postępowaniu brak szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia potwierdza ilość zadanych pytań Zamawiającemu oraz stanowisko Zamawiającego wskazującego, że część pozycji – wobec sugestii wykonawców – zostało wykreślone, część pozycji zaś Zamawiający zmienił – co i tak – w ocenie wykonawców było niewystarczającym i naruszającym zasady opisane w art. 31 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że takie działanie Zamawiającego – niewskazującego precyzyjnie na zakres prac, miejsce, czy też termin wykonania – powoduje, że wykonawcy nie mogą dokonać w sposób właściwy wyceny oferty, co należy uznać za naruszenie podstawowych zasad odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia. Nie negując idei jaka przyświecała wszczęciu tego postępowania Zamawiającemu, uwzględniając również realia rynkowe - zwrócić należy jednak uwagę że owszem dopuszczalnym byłoby wszczęcie postępowania na wykonawstwo zastępcze w sytuacji gdyby Zamawiający określił to postępowanie, skonkretyzował - opisując precyzyjnie przedmiot tego zamówienia. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu przekazanie wykonawcom dokumentacji dotyczącej specyfikacji technicznych, w sytuacji gdyby Zamawiający – chociażby co do części - dysponował taką dokumentacją.

Odnosząc się jeszcze do rzekomego braku sporu – należy zauważyć, że zarzut naruszenia art. 31 ustawy Pzp został przez Odwołującego postawiony – a w tym stanie faktycznym odnosił się on do całości sporządzonego przez Zamawiającego Katalogu Pozycji Rozliczeniowych, wobec tego Izba zobowiązana była do rozpatrzenia niniejszego zarzutu.

Co do przyznanych kosztów za zastępstwo procesowe Odwołującego, Izba uwzględniła złożoną przez pełnomocnika Odwołującego fakturę w dniu 6 sierpnia 2018 r. na rozprawie, jednak ze względu na reprezentację pełnomocnika w dwóch sprawach - Izba podzieliła kwotę wynikającą z niniejszej faktury na dwa postępowania odwoławcze, w których pełnomocnik reprezentował Odwołującego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Co do drugiej ze złożonych faktur – która została złożona po zamknięciu rozprawy – Izba zwróciła uwagę, że złożona faktura dotyczyła postępowania rozstrzygniętego przez Izbę o sygn. akt KIO 583/18, w którym to Odwołującemu zasądzono koszty zastępstwa.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....